



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/149346>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

Het vaste gewicht van de gezichtspunten van *Van Hese/De Schelde*

AV&S 2015/3

De Hoge Raad formuleerde in *Van Hese/De Schelde* verschillende gezichtspunten die invloed uitoefenen op de eventuele beperking van de verjaring op grond van de redelijkheid en billijkheid. Over de betekenis, de rol en het gewicht van deze gezichtspunten is al veel geschreven. De verschillende schrijvers concluderen dat het gewicht dat de lagere rechtspraak aan de verschillende omstandigheden verbindt niet consequent is. In deze bijdrage betoog ik dat deze visie onjuist is. Een analyse van de gevolgen die de rechter aan de verschillende omstandigheden verbindt, maakt duidelijk dat de lagere rechtspraak consistent is dan in de literatuur wordt verondersteld.

1. Inleiding

Asbest kan mesotheliom veroorzaken. Deze ziekte openbaart zich in veel gevallen pas meer dan 30 jaar na de blootstelling aan asbest. Het slachtoffer heeft in deze gevallen nooit de mogelijkheid gehad om de schade te verhalen op de eventuele aansprakelijke persoon. Art. 3:310 lid 2 BW bepaalt immers dat de vordering dertig jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis verjaart. De uitzondering van lid 5 geldt op grond van art. 119b Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek slechts voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan na 1 februari 2004.²

De Hoge Raad formuleerde in *Van Hese/De Schelde*³ verschillende gezichtspunten die invloed uitoefenen op de eventuele beperking van de verjaring op grond van de redelijkheid en billijkheid. Over de betekenis, de rol en het gewicht van deze gezichtspunten is al veel geschreven. De literatuur gaat hierbij ook in op de toepassing van de gezichtspuntencata-

logus in de lagere rechtspraak.⁴ De verschillende auteurs formuleren vuistregels en conclusies. Zij concluderen echter steeds dat het gewicht dat de lagere rechtspraak aan de verschillende omstandigheden verbindt niet consequent is. Zij stellen daarnaast dat de gezichtspuntencatalogus niet tot duidelijkheid leidt.⁵

Deze bezwaren tegen de invloed van de redelijkheid en billijkheid, en de gezichtspuntencatalogus, op de beperking van de verjaring spelen ook bij andere toepassingen van open normen. Er bestaat een spanning tussen open normen en de rechtszekerheid.⁶ De precieze invloed van de verschillende relevante omstandigheden is niet duidelijk en blijkt niet uit de motivering van de rechter. Barendrecht beschrijft de motivering van een beslissing tot de beperking van de gevolgen van een exonatieclausule bijvoorbeeld als “een machtswoord gekoppeld aan de vaststelling van de feiten.”⁷

In deze bijdrage betoog ik dat deze visie, tenminste in de context van de beperking van de verjaring van een vordering tot schadevergoeding als gevolg van blootstelling aan asbest, onjuist is. De visie vloeit voort uit een te grote aandacht voor hetgeen de rechter over de rol en het gewicht van de gezichtspunten stelt. Een analyse van de gevolgen die de rechter aan de verschillende omstandigheden verbindt, maakt duidelijk dat de lagere rechtspraak consistent is dan in de literatuur wordt verondersteld.

Het artikel is als volgt opgebouwd. Ik begin met een beschrijving van het onderzoek (§ 2). Hierna volgt een overzicht van de frequenties waarin de verschillende relevante omstandigheden een rol spelen (§ 3). In paragraaf 4 laat ik

1 Docent rechtsgeschiedenis. Onderzoeker bij het onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.

2 Zie over deze kwestie uitgebreid R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2012, p. 389-396 en p. 437-456. Zie ook T. Hartlief, J. Hijma & H.J. Snijders, *Advies over doorbreking van de verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid*, 2009, p. 5 en M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, *Doorbreking van de lange verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast bij vorderingen van mesotheliomslachtoffers op de werkgever. Rechtspraakanalyse 2009-2013*, 2013, p. 2, beide beschikbaar op www.ias.nl onder publicaties, hierna aangeduid als ‘Adviesrapport commissie Hijma’ en ‘Adviesrapport Hebly/Lindenbergh’.

3 HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*).

4 Onder andere J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (serie Recht en Praktijk deel 162), Deventer: Kluwer 2008, p. 258-264, Adviesrapport commissie Hijma, p. 10-36, Adviesrapport Hebly/Lindenbergh, p. 3-32, M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, ‘Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesotheliomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit *Van Hese/De Schelde*’, AV&S 2013/18, p. 163-172 en J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014, p. 319-397.

5 Smeehuijzen 2008, p. 256-258, Adviesrapport commissie Hijma, p. 10, J.E. Jansen, ‘Geen bevrijdende verjaring zonder rechtsverwerking’, *RMThemis* 2009, p. 215, Adviesrapport Hebly/Lindenbergh, p. 3 en 32, Hebly & Lindenbergh 2013, p. 163-164 en 171-172 en Quist 2014, p. 101-103, 333, 338, 349, 356, 377-378, 394-397 en 553-560. Vergelijk ook C.E. Smith, ‘Belangenafweging door gevalsafweging’, *RMThemis* 2006, p. 144-145. Smith plaatst het arrest in de context van de vergelijkingsmethode.

6 Zie over deze spanning uitgebreid P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming & Recht deel 77), Deventer: Kluwer 2013, p. 2-3 en p. 253-257, met verwijzingen naar literatuur.

7 J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992, p. 12. Vergelijk ook Barendrecht 1992, p. 75-76, Asser/Vranken 2005 (*Algemeen deel****), nr. 29 en V. van den Brink, ‘Alle omstandigheden van alle gevallen’, *NTBR* 2012/1, p. 2.

zien dat het mogelijk is om een ‘vast gewicht’ te koppelen aan de bij de gezichtspunten behorende omstandigheden. Ik ga hierbij uit van de volgende veronderstelling: de lagere rechtspraak is consistent als het mogelijk is om een vast gewicht te koppelen aan de verschillende relevante omstandigheden en deze gewichten de uitkomst van iedere onderzochte uitspraak verklaren. De paragraaf bevat daarnaast een vergelijking van de resultaten met de in de literatuur opgestelde vuistregels en conclusies. De resultaten ondersteunen enkele van de conclusies. Zij laten daarnaast zien dat verschillende andere conclusies niet juist zijn.

Ik besteed vervolgens aandacht aan een verschijnsel dat het belang van deze resultaten verkleint: het verschil tussen de feiten en de waardering van deze feiten aan de hand van de gezichtspunten. Verschillen in de waardering van de feiten maken het antwoord op de vraag of de redelijkheid en billijkheid tot de beperking van de verjaring leidt minder goed voorspelbaar. De ‘vaste gewichten’ nemen deze onvoorspelbaarheid niet weg. Wel laten zij zien dat de onduidelijkheid het gevolg is van een andere oorzaak dan tot nu toe is aangenomen (§ 5). Hierna bespreek ik de relevantie van de resultaten in het licht van EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 en 41072/11, EHRC 2014, 164 (*Moor/Zwitserland*) (§ 6). Het artikel eindigt met een conclusie (§ 7).

2. Het onderzoek

In dit artikel analyseer ik de gepubliceerde uitspraken van feitenrechters over de beperking van de verjaring van een vordering tot schadevergoeding als gevolg van blootstelling aan asbest. Ik besteed alleen aandacht aan de uitspraken van na 28 april 2000, de datum van het arrest *Van Hese/Schelde*. De uitspraken tot en met 3 april 2012 zijn ontleend aan Quist 2014, p. 327-329. Voor recentere uitspraken heb ik op 27 oktober 2014 gezocht op rechtsorde.nl.⁸ Uitspraken waarin de rechter geen beslissing neemt over de eventuele beperking van de verjaring zijn niet meegenomen. Uitspraken in kort geding zijn genoteerd, maar niet betrokken in de analyses van de paragrafen 4.3 en 4.4. In dit artikel analyseer ik alleen gepubliceerde uitspraken. De selectie is dus niet willekeurig. Ik ben echter niet bekend met aanwijzingen dat rechters de verschillende gezichtspunten anders waarderen in ongepubliceerde uitspraken.

Ik heb, per uitspraak, aangegeven of de rechter oordeelt dat de verjaring van de vordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarnaast heb ik de omstandigheden genoteerd die zijn behandeld bij de beoor-

deling van de eventuele beperking van de verjaring.⁹ Het gaat hierbij om de omstandigheden zoals de rechter deze presenteert. Ik heb de achterliggende feiten niet geanalyseerd. In plaats daarvan ben ik steeds afgegaan op het oordeel van de rechter. Als de rechter bijvoorbeeld stelt dat de gedaagde zonder bijzondere problemen in staat is om zichzelf te verweren, dan is dat oordeel overgenomen, ook als uit het overige deel van de uitspraak zou blijken dat verschillende omstandigheden het voeren van verweer onmogelijk maken. Wel zijn de verschillende formuleringen van de rechter teruggebracht tot een beperkt aantal omstandigheden. De ‘titel’ van de omstandigheid kan hierdoor afwijken van de in een concrete uitspraak door de rechter gebruikte formulering. Deze methode brengt een grote verscheidenheid aan feitelijke situaties terug tot een beperkt aantal relevante omstandigheden. De nadruk op wat de rechter doet, sluit bovendien aan bij het onderzoeksobject van dit artikel: de beslissing van de rechter. In paragraaf 5 behandel ik een probleem dat voortvloeit uit deze keuze.

3. Resultaten. De frequenties waarin de verschillende relevante omstandigheden een rol spelen

Deze paragraaf geeft een overzicht van de frequenties waarin de verschillende omstandigheden die invloed uitoefenen op de eventuele beperking van de verjaring van een vordering tot schadevergoeding als gevolg van blootstelling aan asbest een rol spelen. De volledige gegevens zijn beschikbaar op <http://persistent-identifier.nl/?identificer=urn:nbn:nl:ui:13-8rv6-81>.

Ik onderzocht in het totaal 66 uitspraken. In 23 uitspraken (35%) oordeelde de rechter dat de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. In de overige 43 (65%) uitspraken oordeelde de rechter dat dit niet het geval was.¹⁰

In *Van Hese/De Schelde* formuleerde de Hoge Raad de volgende, niet limitatieve,¹¹ lijst van gezichtspunten die invloed uitoefenen op de eventuele beperking van de verjaring:

- A. of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;

8 Zoekopdracht: “asbest verjaring”. Verijnd op: jurisprudentie. Sorteren op: datum. Ik ben de uitspraken een voor een nagegaan totdat ik was aangekomen bij de uitspraak van 3 april 2012 en selecteerde de uitspraken die zien op de hier besproken materie.

9 De volledige gegevens bevatten enkele uitzonderingen op deze regel. Deze uitzonderingen spelen echter geen rol in de hieronder uitgevoerde analyses.

10 Deze verhoudingen zijn bijna hetzelfde als bij Quist 2014, p. 333.

11 Adviesrapport Hebly/Lindenbergh, p. 29 en Quist 2014, p. 388-389.

- B. in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;¹²
- C. de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- D. in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
- E. of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- F. de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;
- G. of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.

De rechter *moet* deze gezichtspunten in zijn beoordeling betrekken.¹³ Toch bevat niet iedere uitspraak gegevens over alle gezichtspunten. In sommige uitspraken gaat de rechter niet in op één of meer gezichtspunten. In andere uitspraken besteedt de rechter wel enige aandacht aan een gezichtspunt, maar laat hij de concrete invulling in het midden.¹⁴

De frequenties waarin de verschillende omstandigheden een rol spelen, zijn opgenomen in tabel 1. De omstandigheden zijn per gezichtspunt gegroepeerd. Gezichtspunt A is gesplitst in twee aspecten: de aard van de schade en de partij die van de eventuele beperking van de verjaring profiteert. De relevante omstandigheden die niet horen bij de gezichtspuntencatalogus van *Van Hese/Schelde* staan onderaan.

Tabel 1: de frequenties waarin de verschillende relevante omstandigheden een rol spelen.

	Aantal	% van alle uitspraken	% van de uitspraken met gegevens

Gezichtspunt A – I: van welke aard is de gevorderde schade?

Voornameeljk andere schade	22	33	43
Zowel vermogensschade als andere schade	27	41	53
Voornameeljk vermogensschade	2	3	4
Totaal	51	77	100
Geen gegevens	15	23	

¹² Het gaat bij gezichtspunt B in de meeste gevallen om een beperkte vergoeding van de immateriële schade op grond van de TAS- of TNS-regeling. Zie ook Quist 2014, p. 340-341. Zie voor uitzonderingen bijvoorbeeld Hof 's Hertogenbosch 27 mei 2014, *NJF* 2014/304 en Ktr. Midden-Nederland 23 juli 2014, *JA* 2014, 113.

¹³ Smeehuijzen 2008, p. 257 en Quist 2014, p. 330.

¹⁴ In Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, *NJF* 2011/122 oordeelt de rechter bijvoorbeeld dat de appellante onvoldoende heeft gesteld om ernstige verwijtbaarheid vast te stellen. De rechter laat echter in het midden of er sprake is van een lichtere mate van verwijtbaarheid.

Gezichtspunt A – II: aan wie komt de schadevergoeding ten goede?

Slachtoffer	17	26	32
Slachtoffer en echtgenoot of kinderen	3	5	6
Echtgenoot of kinderen	15	23	28
Nabestaanden, geen specificatie	16	24	30
Derden	2	3	4
Totaal van de uitspraken met gegevens	53	80	100
Geen gegevens	13	20	

Gezichtspunt B: heeft het slachtoffer aanspraak op een uitkering uit een andere bron?

Geen andere aanspraak	12	18	21
Andere aanspraak	45	68	79
Totaal van de uitspraken met gegevens	57	86	100
Geen gegevens	9	14	

Gezichtspunt C: in welke mate kan de gebeurtenis de aangesprokene worden verweten?

Geen verwijtbaarheid	6	9	13
Zeer beperkte verwijtbaarheid	4	6	8
Lichte verwijtbaarheid	3	5	6
Verwijtbaarheid	23	35	48
Zware/ernstige verwijtbaarheid	12	18	25
Totaal van de uitspraken met gegevens	48	73	100
Geen gegevens	18	27	

Gezichtspunt D: in hoeverre heeft de aangesprokene voor het verstrijken van de verjaringstermijn rekening gehouden of behoren te houden met de mogelijke aansprakelijkheid?

Behoorde geen rekening te houden	10	15	21
Had in beperkte mate rekening behoren te houden	4	6	9
Moest rekening houden met type aansprakelijkheid, maar niet met concrete zaak	7	11	15
Plicht om rekening te houden niet gekwalificeerd	26	39	55
Totaal van de uitspraken met gegevens	47	71	100
Geen gegevens	19	29	

Gezichtspunt E: heeft de aangesprokene de mogelijkheid om zich tegen de vordering te verweren?

Verweren niet meer mogelijk	4	6	8
Grote of aanzienlijke problemen bij verweren	19	29	40
Enkele problemen met verweren	14	21	29
Nauwelijks problemen met verweren	3	5	6
Verweren is gewoon mogelijk	8	12	17
Totaal van de uitspraken met gegevens	48	73	100
Geen gegevens	18	27	

Gezichtspunt F: heeft de aangesproken partij een verzekering, reservering of voldoende eigen vermogen?

Geen verzekering, reservering of voldoende eigen vermogen ¹⁵	2	3	4
Geen verzekering	15	23	27
Geen verzekering, wel voldoende eigen vermogen	3	5	5
Geen verzekering, wel een reservering	4	6	7
Verzekering dekt aansprakelijkheid	32	48	57
Totaal van de uitspraken met gegevens	56	85	100
Geen gegevens	10	15	

Gezichtspunt G: waren de aansprakelijkheidstelling en de dagvaarding binnen een redelijke termijn?

De aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was niet binnen een redelijke termijn	21	32	38
De aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn	35	53	63
Totaal van de uitspraken met gegevens	56	85	100
Geen gegevens	10	15	

¹⁵ Zie over de betekenis van een reservering of eigen vermogen ook Quist 2014, p. 374-375.

Overige relevante omstandigheden

Art. 6 EVRM ¹⁶	1	2	
De aangesproken partij is niet materieel de werkgever ¹⁷	1	2	
Hoge leeftijd slachtoffer ¹⁸	2	3	
Ernstig lijden slachtoffer	1	2	
Totaal van de uitspraken met andere omstandigheden	6	9	
Uitspraken zonder andere omstandigheden	60	91	

4. Analyse. Het vaste gewicht van de relevante omstandigheden

In deze paragraaf laat ik zien dat het mogelijk is om een 'vast gewicht' te verbinden aan de verschillende relevante omstandigheden. Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. Hij begint met een beschrijving van de vereisten waaraan de vaste gewichten moeten voldoen (§ 4.1). Hierna laat ik zien dat het mogelijk is om vaste gewichten te vinden die aan al deze vereisten voldoen. Allereerst leiden verschillende omstandigheden steeds tot dezelfde conclusie. Sommige omstandigheden leiden iedere keer tot de conclusie dat de verjaring niet onaanvaardbaar is. Een andere omstandigheid leidt steeds tot het tegengestelde resultaat (§ 4.2). Ook de uitspraken waarin deze 'harde omstandigheden' geen rol spelen, zijn te verklaren vanuit mogelijke vaste gewichten van de in deze uitspraken voorkomende omstandigheden (§ 4.3). Uitspraken die niet in het onderzoek zijn betrokken, kunnen er echter toe leiden dat de gewichten dienen te worden gewijzigd (§ 4.4). Ik eindig met een vergelijking met de in de literatuur opgestelde vuistregels en conclusies (§ 4.5).

4.1. De vereisten waaraan de vaste gewichten moeten voldoen

De in paragraaf 1 geformuleerde veronderstelling formuleert de belangrijkste eis. De lagere rechtspraak is slechts consistent als de aan de omstandigheden verbonden vaste gewichten iedere onderzochte uitspraak verklaren. In deze subparagraaf formuleer en verklaar ik verschillende andere vereisten waaraan deze vaste gewichten moeten voldoen.

De redelijkheid en billijkheid beperkt de verjaring van een vordering tot schadevergoeding als deze verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 BW). Er zijn slechts twee uitkomsten mogelijk: de verjaring is onaanvaardbaar of de verjaring is niet

¹⁶ Daarnaast stelt de rechter in verschillende uitspraken dat art. 6 EVRM op zichzelf niet voor of tegen de beperking van de verjaring pleit: Ktr. Middelburg 5 augustus 2002, JAR 2002/253, Rb. Middelburg 11 september 2002, JAR 2003/11, Ktr. Amsterdam 8 mei 2003, JAR 2003/184 en Quist 2014, p. 390-391.

¹⁷ Zie ook Quist 2014, p. 391.

¹⁸ Zie ook Quist 2014, p. 392.

onaanvaardbaar.¹⁹ De omstandigheden leggen gewicht in de schaal voor of tegen de verjaring. De verschillende individuele omstandigheden hebben ieder een vast gewicht. Dit gewicht kan zowel positief als negatief zijn. Ik veronderstel dat de verjaring onaanvaardbaar is vanaf een score van 100.²⁰ De redelijkheid en billijkheid leidt dus tot een beperking van de verjaring van de vordering als:

“(1): $\Sigma > 100$

Zij leidt niet tot de beperking van de verjaring indien:

(2): $\Sigma \leq 100$

Waarbij Σ staat voor de som van het gewicht van de bij het geval betrokken omstandigheden.”

Bij ieder gezichtspunt staan verschillende omstandigheden. De precieze invloed van deze omstandigheden is niet altijd duidelijk. Wel is het mogelijk om enkele veronderstellingen te formuleren over het relatieve gewicht van de verschillende omstandigheden binnen een gezichtspunt.

Bij het noteren van de mate van verwijtbaarheid (gezichtspunt C) zijn bijvoorbeeld verschillende graden van verwijtbaarheid onderscheiden. Het is mogelijk om te twisten over het precieze gewicht van deze graden. Tussen de graden bestaat echter een duidelijke hiërarchie: hoe groter de verwijtbaarheid, des te sterker pleit deze verwijtbaarheid voor de beperking van de verjaring.²¹ Wel is het mogelijk dat er geen verschil bestaat tussen het gewicht van verschillende graden. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat er geen verschil bestaat tussen het gewicht van ‘geen verwijtbaarheid’ en ‘zeer beperkte verwijtbaarheid’. Het is mogelijk om de volgende veronderstelling te formuleren:

“(3): geen verwijtbaarheid \leq zeer beperkte verwijtbaarheid \leq lichte verwijtbaarheid \leq verwijtbaarheid \leq zware/ernstige verwijtbaarheid”

Ik benadruk opnieuw dat hiermee niets is gezegd over het absolute gewicht van deze omstandigheden. De waarden kunnen steeds negatief zijn (en dus tegen beperking pleiten) of steeds positief zijn. Het is daarnaast mogelijk dat sommige graden voor, en sommige graden tegen de beperking van de verjaring pleiten.

Ook ten aanzien van de omstandigheden bij de andere gezichtspunten kan men dergelijke veronderstellingen opstellen. De volgende veronderstellingen wijken niet af van de eerdere literatuur²² en zijn betrekkelijk intuïtief. Om de omvang van deze bijdrage te beperken, zal ik ze daarom niet nader toelichten. Ter herinnering: de omstandigheden die (relatief gezien) tegen de beperking pleiten, hebben een kleiner gewicht en staan in de vergelijking links.

“(4): voornamelijk andere schade \leq zowel vermogensschade als andere schade \leq voornamelijk vermogensschade

(5): derden \leq nabestaanden, geen specificatie \leq echtgenoot of kinderen \leq slachtoffer en echtgenoot of kinderen \leq slachtoffer

(6): andere aanspraak \leq geen andere aanspraak

(7): behoorde geen rekening te houden \leq had in beperkte mate rekening behoren te houden \leq moest rekening houden met type aansprakelijkheid, maar niet met concrete zaak \leq plicht om rekening te houden niet gekwalificeerd

(8): verweren niet meer mogelijk \leq grote of aanzienlijke problemen bij verweren \leq enkele problemen met verweren \leq nauwelijks problemen met verweren \leq verweren is gewoon mogelijk

(9): geen verzekering, reservering of voldoende eigen vermogen \leq Geen verzekering \leq Geen verzekering, wel voldoende eigen vermogen \leq Geen verzekering, wel een reservering \leq Verzekering dekt aansprakelijkheid

(10): de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was niet binnen een redelijke termijn \leq de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn”

Niet iedere uitspraak bevat gegevens over alle gezichtspunten (§ 3). In deze bijdrage veronderstel ik dat het gezichtspunt in deze uitspraken geen invloed heeft gehad. Deze veronderstelling sluit aan bij de in deze bijdrage gevolgde methode. Het gaat om de waardering van de omstandigheden door de rechter (§ 2). Voor alle gezichtspunten geldt dus:

“(11): geen gegevens = 0”

4.2. Harde omstandigheden

Verschiedende ‘harde omstandigheden’ gaan steeds gepaard met de conclusie dat de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *niet* onaanvaardbaar is. Deze omstandigheden vormen, voor zover blijkt uit de onderzochte uitspraken, ‘harde barrières’ tegen de beperking van de verjaring van de vordering.

De omstandigheden ‘geen verwijtbaarheid’, ‘zeer beperkte verwijtbaarheid’ en ‘lichte verwijtbaarheid’ vormen de eerste harde barrière (gezichtspunt C). In dertien uitspraken oordeelde de rechter dat er sprake was van een van deze graden van verwijtbaarheid. Deze omstandigheden gingen

19 Tussenoplossingen bestaan niet. Wel is het voorstelbaar dat de rechter oordeelt dat de verjaring van een vordering ten aanzien van een bepaalde schadepost onaanvaardbaar is, terwijl de verjaring van de overige schadevergoeding niet onaanvaardbaar is. In Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, NJ 2012/578 (Comité Nederlandse Ereschulden/Nederland) oordeelde de rechtbank bijvoorbeeld dat de verjaring onaanvaardbaar was ten opzichte van de weduwen van de geëxecuteerde mannen, maar niet ten opzichte van de andere nabestaanden. Dergelijke ‘tussenoplossingen’ kunnen echter ook worden beschouwd als twee afzonderlijke afwegingen, waarbij het enige verschil bestaat uit de persoon van de eiser (vergelijk Gezichtspunt A – II).

20 Dit omslagpunt is willekeurig gekozen. De waarde is slechts van belang als hulpmiddel bij het vaststellen van het gewicht van de verschillende omstandigheden. Een omslagpunt van 1000 leidt niet tot andere resultaten. Het zou slechts leiden tot een vertienvoudiging van de het gewicht van de andere omstandigheden.

21 Adviesrapport commissie Hijma, p. 26 en Adviesrapport Hebly/Lindenbergh, p. 8.

22 HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (Van Hese/Koninklijke Schelde Groep).

steeds gepaard met de conclusie dat de verjaring niet onaanvaardbaar was. Uit de onderzochte uitspraken blijkt dan ook niet dat er een verschil bestaat tussen deze drie graden van verwijtbaarheid. In enkele van deze zaken was er niet tevens sprake van een van de andere hierna te bespreken (mogelijke) harde barrières.²³ De correlatie tussen de mate van verwijtbaarheid en de beperking van de verjaring is bovendien significant.²⁴

De rechter oordeelde in 23 uitspraken dat 'verweren niet meer mogelijk' was of dat er sprake was van 'grote of aanzienlijke problemen bij verweren' (gezichtspunt E). Deze omstandigheden gingen steeds gepaard met de conclusie dat de verjaring niet onaanvaardbaar was. In verschillende van deze uitspraken was er niet tevens sprake van een van de andere (mogelijke) harde barrières.²⁵ De correlatie tussen de mogelijkheden tot verweer en de beperking van de verjaring is significant.²⁶

In 21 uitspraken oordeelde de rechter dat de eiser te laat was met de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding. Ook deze conclusie ging steeds gepaard met de handhaving van de verjaring. In verschillende van deze uitspraken was er niet tevens sprake van een van de andere (mogelijke) harde barrières.²⁷ Deze correlatie tussen het stilzitten van de schuldenaar en de beperking van de verjaring is significant.²⁸

Behalve deze harde barrières gingen ook de omstandigheden 'derden' (twee keer, gezichtspunt A – II), 'behoorde geen rekening te houden' en 'had in beperkte mate rekening behoren te houden' (respectievelijk tien en vier keer, gezichtspunt D) iedere keer gepaard met de conclusie dat de verjaring niet onaanvaardbaar was. Bij deze *mogelijke* harde barrières was er echter steeds ook sprake van een van de hiervoor besproken harde barrières. Het is daarom niet duidelijk of deze omstandigheden ook 'op zichzelf', zonder de aanwezigheid van andere harde barrières, iedere keer gepaard gaan met de handhaving van de verjaring. Zij verschillen hiermee van de hiervoor besproken omstandigheden. Iedere harde barrière gaat ook 'op zichzelf' steeds gepaard met de conclusie dat de verjaring niet onaanvaardbaar was.²⁹

Een enkele 'harde omstandigheid' ging steeds gepaard met de tegenovergestelde conclusie. De rechter oordeelde in twaalf zaken dat er sprake was van 'zware/ernstige verwijtbaarheid'. Deze omstandigheid ging steeds gepaard met de conclusie dat de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. De correlatie tussen de mate van verwijtbaarheid en de beperking van de verjaring is, zoals hiervoor aangegeven, significant.

In geen van de onderzochte uitspraken was er tegelijkertijd sprake van 'zware/ernstige verwijtbaarheid' en een van de harde barrières. De vraag rijst welke omstandigheid in het geval van een conflict zou prevaleren. Ik vermoed dat de rechter in deze gevallen zou concluderen dat de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is. Ik baseer mij op de resultaten bij gezichtspunt E. De rechter oordeelde in elf zaken dat er niet of nauwelijks sprake was van problemen bij het verweren. In slechts één van deze zaken oordeelde de rechter dat de verjaring niet onaanvaardbaar was. In deze zaak was de dagvaarding niet binnen een redelijke termijn uitgebracht.³⁰ De omstandigheden 'verweren is gewoon mogelijk' en 'nauwelijks problemen met verweren' zouden zonder deze uitspraak als harde omstandigheid zijn aangemerkt. Dit voorbeeld laat ook zien dat de 'harde omstandigheden' niet voor altijd 'hard' hoeven te blijven. Toekomstige en ongepubliceerde uitspraken kunnen laten zien dat de invloed van de omstandigheden in werkelijkheid beperkter is. Zij kunnen daarnaast duidelijkheid scheppen over de verhouding tussen 'zware/ernstige verwijtbaarheid' en de harde barrières (§ 4.4).

Het gewicht van de harde omstandigheden is onbegrensd negatief (barrières) of positief ('zware/ernstige verwijtbaarheid'). De enige beperking is gebaseerd op de veronderstelling dat de invloed van de barrières groter is dan de invloed van 'zware/ernstige verwijtbaarheid'. Op basis van het voorgaande is het mogelijk om (bijvoorbeeld) de volgende gewichten aan deze omstandigheden te verbinden.

"(12): geen verwijtbaarheid = zeer beperkte verwijtbaarheid = lichte verwijtbaarheid = verweren niet meer mogelijk = grote of aanzienlijke problemen bij verweren = de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was niet binnen een redelijke termijn = -3000

(13): zware/ernstige verwijtbaarheid = 1000"

4.3. Uitspraken zonder harde omstandigheden

De vergelijkingen (12) en (13) verklaren 50 van de 66 onderzochte uitspraken. In deze paragraaf geef ik een gewicht aan de omstandigheden die een rol speelden in de overige uitspraken. De vijf uitspraken in kort geding zijn niet meegenomen in de hierna uit te voeren analyse. De afwijkende

23 Rb. Rotterdam 8 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL1548 en Hof 's-Gravenhage 2 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3513.

24 $X^2(2) = 26.534$, $p < .001$. De omstandigheden 'geen verwijtbaarheid', 'zeer beperkte verwijtbaarheid' en 'lichte verwijtbaarheid' zijn hiervoor samengevoegd tot 'geen, beperkte of lichte verwijtbaarheid'.

25 Bijvoorbeeld Rb. Middelburg 4 juni 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BW8716 en Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, JA 2014, 16.

26 Fisher's Exact-test: $p < .001$. De vijf categorieën van gezichtspunt E zijn hiervoor teruggebracht tot twee groepen: 'verweren is niet mogelijk of grote problemen met verweren' en 'anders'.

27 Bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 25 juli 2003, NJF 2004/28 en Rb. Almelo 5 november 2008, JA 2009, 5.

28 Fisher's Exact-test: $p < .001$.

29 HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (Van Hese/Koninklijke Schelde Groep); $X^2(2) = 26.534$, $p < .001$. De omstandigheden 'geen verwijtbaarheid', 'zeer beperkte verwijtbaarheid' en 'lichte verwijtbaarheid' zijn hiervoor samengevoegd tot 'geen, beperkte of lichte verwijtbaarheid'; Fisher's Exact-test: $p < .001$. De vijf categorieën van gezichtspunt E zijn hiervoor teruggebracht tot twee groepen: 'verweren is niet mogelijk of grote problemen met verweren' en 'anders'.

30 Rb. Almelo 24 december 2008, JA 2009, 49. De uitspraak is overigens niet expliciet over de mogelijkheden tot verweer. De rechter lijkt te suggereren dat de mogelijkheid om rekening te houden met de aansprakelijkheid Eternit in staat heeft moeten stellen om zich te verweren. Deze zaak is gecodeerd als 'verweren is gewoon mogelijk'.

maatstaf maakt deze uitspraken ongeschikt voor een vergelijking met de overige uitspraken. Een rechter in kort geding beoordeelt niet alleen of de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hij oordeelt ook of er een spoedeisend belang betrokken is bij de beperking van de verjaring.³¹

Een uitspraak hoeft daarnaast niet in de analyse te worden betrokken als zij dezelfde uitkomst heeft als een andere uitspraak en dit oordeel steunt op dezelfde omstandigheden. Hetzelfde geldt als de in de omstandigheden in de overbodige uitspraak nog sterker pleiten voor de gedeelde uitkomst. Deze uitspraken liggen in elkaars verlengde. De vaste gewichten die de overgebleven uitspraak verklaren, leiden in deze gevallen immers altijd tot de verklaring van de overbodige uitspraak.

Ik geef een voorbeeld om dit te illustreren. Uit Rb. Rotterdam 6 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4042 blijkt dat:

“(14): Zowel vermogensschade als ander schade + slachtoffer en echtgenoot of kinderen + andere aanspraak + verwijtbaarheid + Moest rekening houden met type aansprakelijkheid, maar niet met concrete zaak + Enkele problemen met verweren + geen verzekering + De aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn > 100.”

De uitspraken Rb. Rotterdam 29 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO2658 en Rb. Rotterdam 26 juni 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO0602 wijken slechts ten aanzien van één omstandigheid af van de uitspraak van 6 oktober. In deze uitspraken was de aangesproken partij *wel* verzekerd. Dit verschil versterkt de conclusie dat de verjaring onaanvaardbaar is. Uit vergelijking (9) blijkt immers dat: geen verzekering ≤ Verzekering dekt aansprakelijkheid.

Zeven uitspraken blijven over.³² Hieronder staat een overzicht van de uitspraken en de omstandigheden die in deze zaken een rol speelden.³³ Het vaste gewicht van de verschil-

lende omstandigheden in een *mogelijke* oplossing staat tussen haakjes.

(15) Ktr. Rotterdam 22 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP8595:

“Zowel vermogensschade als andere schade (0) + echtgenoot of kinderen (45) + verwijtbaarheid (15) + moest rekening houden met type aansprakelijkheid, maar niet met concrete zaak (40) + enkele problemen met verweren (-20) + verzekering dekt aansprakelijkheid (50) + de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn (25) > 100.”

(16) Hof 's-Gravenhage 3 april 2012, JA 2012, 118:

“Zowel vermogensschade als andere schade (0) + slachtoffer (55) + verwijtbaarheid (15) + moest rekening houden met type aansprakelijkheid, maar niet met concrete zaak (40) + nauwelijks problemen met verweren (-5) + geen verzekering, wel een reservering (25) + de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn (25) > 100.”

(17) Rb. Rotterdam 6 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4042:

“Zowel vermogensschade als andere schade (0) + slachtoffer en echtgenoot of kinderen (50) + verwijtbaarheid (15) + moest rekening houden met type aansprakelijkheid, maar niet met concrete zaak (40) + enkele problemen met verweren (-20) + geen verzekering (0) + de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn (25) > 100.”

(18) Hof 's-Gravenhage 18 december 2012, NJ 2013/372:

“Voornamelijk andere schade (-20) + nabestaanden, geen specificatie (0) + verwijtbaarheid (15) + plicht om rekening te houden niet gekwalificeerd (60) + verzekering (50) > 100.”

(19) Rb. Almelo 28 april 2010, NJF 2010/273:

“Voornamelijk andere schade (-20) + nabestaanden, geen specificatie (0) + verwijtbaarheid (15) + plicht om rekening te houden niet gekwalificeerd (60) + enkele problemen met verweren (-20) + geen verzekering (0) + de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn (25) < 100.”

(20) Rb. Rotterdam 14 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH 1751:

“Voornamelijk andere schade (-20) + verzekering dekt aansprakelijkheid (50) + de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn (25) < 100.”

31 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (vzr.) 1 november 2007, JA 2008, 10, waarin de rechter enkel op grond van gezichtspunt B oordeelde dat er geen spoedeisend belang is. Vergelijk ook Rb. Roermond (vzr.) 20 februari 2008, NJF 2008/164.

32 Rb. Roermond 10 februari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX6042 en Hof 's-Gravenhage 24 juli 2002, Prg. 2002, 5967 hoeven niet in de analyse te worden betrokken in verband met Hof 's-Gravenhage 3 april 2012, JA 2012, 118. In alle drie de uitspraken oordeelt de rechter dat de verjaring onaanvaardbaar is. De omstandigheden in de uitspraken van 10 februari 2010 en 24 juli 2002 pleiten nog sterker voor deze uitkomst dan de omstandigheden in de uitspraak van 3 april 2012. In de uitspraak van 10 februari heeft de gedaagde betere mogelijkheden om rekening te houden en een verzekering. In de uitspraak van 24 juli heeft de gedaagde, in aanvulling hierop, ook nog betere mogelijkheden tot verweer. Het hof gaat in de uitspraak van 24 juli 2002 ook in op het ernstige lijden van de eiser. Hoewel dit niet blijkt uit de in § 4.1 opgestelde vergelijkingen, kunnen wij aannemen dat deze omstandigheid voor de beperking van de verjaring pleit (dus: ernstig lijden slachtoffer > 0).

33 De omstandigheid ‘andere aanspraak’ speelde in al deze uitspraken een rol. De omstandigheid verliest daarmee haar onderscheidend vermogen. In deze vergelijking is de omstandigheid daarom niet opgenomen. Met andere woorden: andere aanspraak = 0.

(21) Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, NJF 2011, 122:

“Zowel vermogensschade als andere schade (0) + nabestaanden, geen specificatie (0) + moest rekening houden met type aansprakelijkheid, maar niet met concrete zaak (40) + enkele problemen met verweren (-20) + verzekering dekt aansprakelijkheid (50) + de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn (25) < 100.”

De bovenstaande vergelijkingen laten zien dat de waardering van de verschillende gezichtspunten in de lagere rechtspraak consistent is. Het is mogelijk om alle uitspraken te verklaren vanuit de aan de omstandigheden verbonden vaste gewichten.

4.4. *De invloed van toekomstige en ongepubliceerde uitspraken*

De in paragraaf 4.3 uitgewerkte vaste gewichten vertegenwoordigen slechts een van de mogelijke oplossingen. Er bestaat een bandbreedte van oplossingen. Het is bijvoorbeeld ook mogelijk dat de omstandigheid ‘verwijtbaarheid’ een waarde van 30 heeft.³⁴ De vergelijkingen (15) tot en met (21), en in het bijzonder (19), zouden nog steeds kloppen. Stel nu dat de volgende uitspraak wordt gepubliceerd:

“(22): Voornamelijk andere schade (-20) + slachtoffer en echtgenoot of kinderen (50) + verwijtbaarheid (?) + moest rekening houden met type aansprakelijkheid, maar niet met concrete zaak (40) + enkele problemen met verweren (-20) + geen verzekering (0) + de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn (25) > 100.”

Deze vergelijking klopt slechts indien: verwijtbaarheid > 25. De uitspraak zou laten zien dat de in paragraaf 4.3 uitgewerkte vaste gewichten niet juist zijn. De vergelijking klopt wel bij: verwijtbaarheid = 30.

De in paragraaf 4.3 uitgewerkte vaste gewichten zijn gebaseerd op de in het onderzoek betrokken uitspraken. Zij zijn gebaseerd op de gepubliceerde lagere rechtspraak tot 27 oktober 2014. Ongepubliceerde uitspraken en uitspraken van een latere datum kunnen de bandbreedte van de mogelijke oplossingen verkleinen. Naarmate meer uitspraken worden

onderzocht, wordt de bandbreedte steeds verder beperkt. Deze ontwikkeling kan leiden tot een benadering van de ‘werkelijke’ vaste gewichten. Zij kan echter ook leiden tot de conclusie dat de uitspraken niet met elkaar zijn te verenigen, en hierdoor tot de conclusie dat het niet mogelijk is om alle uitspraken te verklaren vanuit aan de omstandigheden verbonden vaste gewichten. Voor men tot deze conclusie komt, is het echter wel zinvol om te zoeken naar andere, relevante,³⁵ variabelen die het verschil in uitkomst kunnen verklaren.

4.5. *Vergelijking met de literatuur*

Verschillende publicaties besteden aandacht aan de rol en het gewicht van de verschillende gezichtspunten. In deze subparagraaf vergelijk ik de bevindingen uit de vorige subparagrafen met de conclusies uit de literatuur.

Ten aanzien van gezichtspunt C concluderen Hebly en Lindenberg op basis van ‘ruim 20 recente uitspraken’ dat er een correlatie bestaat tussen de mate van verwijtbaarheid en de beperking van de verjaring. Ernstige verwijtbaarheid is steeds gekoppeld aan de beslissing dat de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Geen of lichte verwijtbaarheid gaat steeds gepaard met de conclusie dat de verjaring niet onaanvaardbaar is.³⁶ Paragraaf 4.2 ondersteunt deze conclusie. Smeehuijzen stelt dat zware schuld is gegeven als de rechter aansprakelijkheid aanneemt.³⁷ Deze stelling is echter niet in overeenstemming met de onderzochte uitspraken. In verschillende uitspraken waarin de vordering werd toegewezen, stelde de rechter dat er geen sprake was van zware verwijtbaarheid.³⁸

De in paragraaf 4.2 gepresenteerde bevindingen over gezichtspunt E komen overeen met de literatuur. Verschillende auteurs benadrukken dat grote problemen bij het verweer gepaard gaan met het in stand laten van de verjaring.³⁹ Smeehuijzen stelt dat het gezichtspunt waarschijnlijk slechts bij uitzondering een beletsel voor de beperking van de verjaring vormt.⁴⁰ De in tabel 1 weergegeven resultaten laten echter zien dat deze stelling niet klopt. De rechter oordeelde in 35% van de onderzochte uitspraken dat er sprake was van ‘grote of aanzienlijke problemen bij verweren’ of dat ‘verweren niet meer mogelijk’ was.

Verschillende auteurs benadrukken het ‘harde’ karakter van gezichtspunt G. De verjaring van een niet binnen een redelijke termijn ingestelde vordering is niet onaanvaard-

34 Deze oplossing wijkt slechts in zeer beperkte mate af van de in § 4.3 besproken vaste gewichten. Sterk afwijkende oplossingen zijn echter ook mogelijk. Bijvoorbeeld: voornamelijk andere schade = -40; zowel vermogensschade als andere schade = 10; slachtoffer = 95; slachtoffer en echtgenoot of kinderen = 95; echtgenoot of kinderen = 90; nabestaanden, geen specificatie = 35; verwijtbaarheid = 50; plicht om rekening te houden niet gekwalificeerd = 20; moest rekening houden met type aansprakelijkheid, maar niet met concrete zaak = 10; enkele problemen met verweren = -10; nauwelijks problemen met verweren = 0; verzekering dekt aansprakelijkheid = 40; geen verzekering, wel een reservering = 25; geen verzekering = 0; de aansprakelijkheidstelling en/of dagvaarding was binnen een redelijke termijn en geen van de twee was niet binnen redelijke termijn = 0. Deze oplossing legt een grotere nadruk op gezichtspunt A.

35 Bijvoorbeeld niet: ‘het weer op de dag van de uitspraak’ of ‘het ontbijt van de rechter’. De tijd tussen de laatste blootstelling en de diagnose zou bijvoorbeeld een relevante omstandigheid kunnen zijn. Vergelijk Quist 2014, p. 392.

36 Adviesrapport Hebly/Lindenberg, p. 12. Zie ook Adviesrapport commissie Hijma, p. 35 en Hebly & Lindenberg 2013, p. 166 en 171.

37 Smeehuijzen 2008, p. 260.

38 Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 29 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO2658, Hof 's-Gravenhage 3 april 2012, JA 2012, 118 en Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, JA 2014, 16. Zie ook Adviesrapport Hebly/Lindenberg, p. 14 en Hebly & Lindenberg 2013, p. 166.

39 Smeehuijzen 2008, p. 258, Adviesrapport Hebly/Lindenberg, p. 18-19 en Hebly & Lindenberg 2013, p. 167-168 en 171.

40 Smeehuijzen 2008, p. 261.

baar.⁴¹ De commissie Hijma bepleit een termijn van twee jaar tussen de diagnose en de dagvaarding. De bemiddeling door het instituut asbestslachtoffers is hierbij termijnschorsend.⁴² Uit de analyse van Hebly en Lindenberg blijkt dat de lagere rechtspraak de bemiddeling niet consequent als termijnschorsend behandelt.⁴³ De termijn van twee jaar blijft echter relevant. In geen van de voor deze bijdrage onderzochte uitspraken oordeelde de rechter dat een binnen twee jaar ingestelde dagvaarding niet binnen een redelijke termijn was. Wel vond ik twee uitspraken waarin de rechter oordeelde dat de redelijke termijn voor de aansprakelijkheidstelling was overschreden terwijl er nog geen twee jaar was verstreken. De rechter ging in deze uitspraken niet in op de termijn tussen de diagnose en de dagvaarding.⁴⁴

5. Het verschil tussen de feiten en de waardering van deze feiten

Uit paragraaf 4 blijkt dat het mogelijk is om vaste gewichten te verbinden aan de verschillende omstandigheden. Het gewicht dat de lagere rechtspraak aan de omstandigheden verbindt, is consequent, of tenminste niet inconsistent. Deze conclusie is in strijd met de eerdere literatuur.⁴⁵ In de inleiding signaleerde ik de eerste mogelijke oorzaak van deze discrepantie. In deze paragraaf bespreek ik een andere mogelijke oorzaak. Ik ga in op het verschil tussen de feiten en de waardering van deze feiten.

De beslissing over de vraag of de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, kan als volgt worden weergegeven:



De vorige paragrafen besteden slechts aandacht aan de laatste stap: de beslissing over de aanvaardbaarheid van de verjaring op grond van de bij de gezichtspunten behorende omstandigheden. Deze bijdrage laat zien dat de lagere rechtspraak in deze fase consistent is. Dit betekent echter niet dat de rechter ook in de eerdere stappen consequent is. Het betekent niet dat de rechter de achterliggende feiten steeds

op dezelfde manier waardeert.⁴⁶ De rechter moet op grond van *Van Hese/De Schelde* onder andere aandacht besteden aan de mate van verwijtbaarheid (gezichtspunt C). De mate van verwijtbaarheid is echter niet objectief meetbaar. Het is mogelijk dat de rechter een complex van feiten in de eerste zaak waardeert als 'zware/ernstige verwijtbaarheid', terwijl hij in de tweede zaak oordeelt dat een sterk vergelijkbaar feitencomplex leidt tot de conclusie dat er slechts sprake is van 'verwijtbaarheid'. Uit paragraaf 4.2 blijkt dat dergelijke verschillen in waardering gepaard gaan met verschillen in de uitkomst.

De onderzochte rechtspraak laat zien dat de rechters de achterliggende feiten op verschillende manieren waarderen. Gezichtspunt A – II biedt een voorbeeld. In verschillende uitspraken was het slachtoffer overleden ten tijde van de uitspraak van de rechter. Komt de schadevergoeding in deze gevallen ten goede aan het slachtoffer of zijn nabestaanden? De rechtspraak laat een verdeeld beeld zien. Dit geldt als het slachtoffer sterft tussen de aansprakelijkheidstelling en de dagvaarding,⁴⁷ maar ook wanneer hij sterft tussen de dagvaarding en de uitspraak.⁴⁸ Ook het verschil tussen 'nabestaanden, geen specificatie' en 'echtgenoot of kinderen' is niet noodzakelijk gebaseerd op een verschil in de feiten. In verschillende uitspraken bestaan de niet-gespecificeerde nabestaanden uit de echtgenoot en/of de kinderen van het slachtoffer.⁴⁹

Gezichtspunt D biedt een ander voorbeeld. De rechtspraak noemt verschillende momenten vanaf wanneer de aangesproken partij rekening had kunnen houden met de aan-

41 Smeehuijzen 2008, p. 258, Adviesrapport Hebly/Lindenberg, p. 22 en Hebly & Lindenberg 2013, p. 169 en 171. Zie ook § 4.2.
 42 Adviesrapport commissie Hijma, p. 34-35.
 43 Adviesrapport Hebly/Lindenberg, p. 25-28 en Hebly & Lindenberg 2013, p. 169-170.
 44 Hof 's-Gravenhage 19 maart 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:A09002 (19 maanden tussen diagnose en aansprakelijkheidstelling) en Rb. Amsterdam 16 mei 2007, JA 2007, 114 (16 maanden).
 45 Onder andere J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (serie Recht en Praktijk deel 162), Deventer: Kluwer 2008, p. 258-264, Adviesrapport commissie Hijma, p. 10-36, Adviesrapport Hebly/Lindenberg, p. 3-32, M.R. Hebly & S.D. Lindenberg, 'Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesotheliomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit *Van Hese/De Schelde*', AV&S 2013/18, p. 163-172 en J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 319-397.

46 Ik ga in deze paragraaf niet in op de eerste twee stappen. Deze stappen gelden bij alle rechtsnormen en spelen geen bijzondere rol in het in deze bijdrage besproken leerstuk. De rechter stelt de feiten vast aan de hand van de stellingen van de partijen, het bewijs en de regels van procesrecht.
 47 Zie voor de opvatting dat de schadevergoeding ten goede komt aan de nabestaanden bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP1109. Ook in Rb. Rotterdam 22 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP8595 oordeelde de rechter dat de schadevergoeding ten goede komt aan de nabestaande (specifiek: de weduwe) van het slachtoffer, maar stelde hij ook dat deze situatie vrijwel op een lijn moet worden gesteld met de situatie waarin het slachtoffer zou profiteren van de beperking van de verjaring. In Rb. Rotterdam 29 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO2658 oordeelde de rechter dat de schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer en zijn weduwe. Ten slotte stelde de rechter in Rb. Middelburg 11 september 2002, JAR 2003/11 dat het slachtoffer na aansprakelijkheidstelling nog tot haar overlijden profijt had kunnen hebben van het gevorderde smartengeld.
 48 In Rb. Rotterdam 26 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN0602 oordeelde de rechter dat de schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer en zijn weduwe. Zie ook Quist 2014, p. 337. In Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX6042 oordeelde de rechter dat de schadevergoeding aan de nabestaanden toekomt. In Hof 's-Gravenhage 3 april 2012, JA 2012, 118 is het slachtoffer overleden tussen de uitspraak in de eerste aanleg en de uitspraak in hoger beroep. De rechter oordeelde dat de schadevergoeding aan hem zelf ten goede is gekomen.
 49 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 30 juni 2005, NJF 2005/353 en Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, NJF 2011/122.

spraak.⁵⁰ De rechtspraak wijst op het moment dat bekend was dat blootstelling aan asbest tot andere ziektes (zoals asbestose) kan leiden,⁵¹ de asbestconferentie van 1964,⁵² het proefschrift van Stumphius in 1969,⁵³ de maatschappelijke commotie rondom asbest halverwege de jaren negentig,⁵⁴ een eerdere aansprakelijkheidstelling van het aangesproken bedrijf door een andere werknemer⁵⁵ en een eerdere toewijzing van een vordering van een niet-werknemer.⁵⁶

Verschillen in de waardering van de feiten leiden tot rechts-onzekerheid en tegenstrijdige uitspraken. Dergelijke onduidelijkheid is echter geen exclusief gevolg van de invloed van de redelijkheid en billijkheid en de gezichtspuntencatalogus. Zij kan ontstaan bij iedere norm waarvan de toepassing afhankelijk is van een waardering van de feiten.⁵⁷ De hiervoor beschreven waardering van de feiten in het licht van gezichtspunt A – II laat zien dat dit geldt voor een grote hoeveelheid regels. De vraag of de vergoeding ten goede komt aan het slachtoffer of zijn nabestaanden is relatief objectief te beantwoorden. Toch lopen vergelijkbare feitencomplexen tot uiteenlopende waarderingen. Ook de toepassing van art. 3:310 lid 5 BW, de regel die het in deze bijdrage besproken leerstuk vanaf 2034 vervangt, vereist een waardering van de feiten. Zij vereist bijvoorbeeld een oordeel over 'schade', 'letsel' en het moment waarop de benadeelde 'bekend is geworden' met de schade en de aansprakelijke persoon.

De onvoorspelbaarheid kan ook ontstaan bij regels waarvan de toepassing niet afhankelijk is van de redelijkheid en billijkheid of een gezichtspuntencatalogus. Wel zorgen de redelijkheid en billijkheid en de gezichtspuntencatalogus voor een vermenigvuldiging van de problemen met de

waardering van feiten. Zij creëren extra termen waarvan de toepassing afhankelijk is van een waardering van de feiten.

De onduidelijkheid die ontstaat door verschillen in de waardering van de feiten verkleint het belang van de in paragraaf 4 gepresenteerde resultaten. Zij maakt het antwoord op de vraag of de redelijkheid en billijkheid tot de beperking van de verjaring leidt, ondanks het vaste gewicht van de verschillende omstandigheden, minder goed voorspelbaar. Zij neemt de relevantie van de resultaten echter niet weg. De 'vaste gewichten' maken duidelijk dat de onvoorspelbaarheid niet het gevolg is van een inconsistente waardering van de verschillende omstandigheden. Zij laten zien dat de onduidelijkheid het gevolg is van een andere oorzaak dan tot nu toe is aangenomen.

6. Moor/Zwitserland

In EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 en 41072/11, *EHRM* 2014, 164 (*Moor/Zwitserland*) oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de Zwitserse verjaringsregels leidden tot een schending van het in art. 6 EVRM opgenomen recht van toegang tot de rechter. Het ging in deze zaak om een vordering tot schadevergoeding als gevolg van blootstelling aan asbest. In deze paragraaf besteed ik aandacht aan de relevantie van dit arrest voor het Nederlandse recht. Hierbij ga ik in op de in de vorige paragrafen besproken resultaten.

Het Hof besprak de verhouding tussen verjaringstermijnen en het recht van toegang tot de rechter in EHRM 22 oktober 1996, nr. 22083/93 en 22095/93, *NJ* 1997/449 (*Stubbings/Verenigd Koninkrijk*). Verjaringstermijnen hebben legitieme doelen. Zij leiden tot rechtszekerheid, zijn 'afsluitend' en beschermen gedaagden tegen aanspraken waartegen zij zich niet meer kunnen verweren. Een verjaringstermijn is toegestaan indien hij proportioneel is en het recht op toegang tot de rechter niet in zijn essentie aantast. In *Moor/Zwitserland* verwijst het Hof naar dit arrest. Het stelt dat mesotheliom zich altijd pas openbaart nadat de vordering verjaard is. Het Zwitserse recht kent immers een absolute termijn van slechts tien jaar. Dit betekent bovendien dat alle aanspraken die voortvloeien uit een blootstelling aan asbest voor het Zwitserse verbod van 1989 verjaard zijn. Het Zwitserse recht, inclusief voorgestelde wijzigingen, kent daarnaast geen billijkheidsoplossing. De aantasting van het recht van toegang tot de rechter is om deze redenen niet proportioneel.

Tussen de Zwitserse en Nederlandse verjaringsregels bestaan enkele relevante verschillen.⁵⁸ Het Zwitserse recht kent een kortere absolute termijn van tien jaar. Een vordering voor de schade die voortvloeit uit mesotheliom is hierdoor in Zwitserland, anders dan in Nederland, steeds verjaard.⁵⁹ Bovendien stelt Spano in zijn *concurring opi-*

50 Het antwoord op de vraag of de aangesproken partij een asbestproducerend of asbestverwerkend bedrijf is, kan deze variatie gedeeltelijk verklaren. Zie over de invloed van deze omstandigheid ook Adviesrapport Hebly/Lindenbergh, p. 16-17 en Quist 2014, p. 359. Het is bijvoorbeeld voorstelbaar dat de rechter oordeelt dat niet-asbestproducerende bedrijven pas rekening kunnen houden na een eerdere aansprakelijkheidstelling. Zie bijvoorbeeld Ktr. Almelo 13 oktober 2009, *NJF* 2009/480 en Hof 's-Hertogenbosch 27 mei 2014, *NJF* 2014/304. Deze verklaring geeft echter geen inzicht in het argument voor het onderscheid tussen de eerste drie hierna genoemde momenten.

51 Bijvoorbeeld Rb. Middelburg 4 juni 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BW8716.

52 Bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 18 december 2012, *NJF* 2013/67.

53 Bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2007, *NJF* 2007/507 en Rb. Rotterdam 14 januari 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH1751. Zie ook Adviesrapport Hebly/Lindenbergh, p. 15 en Quist 2014, p. 358.

54 Rb. Roermond 10 februari 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL3084, Adviesrapport Hebly/Lindenbergh, p. 16 en Quist 2014, p. 360.

55 Bijvoorbeeld Rb. Middelburg (vzr.) 15 januari 2009, *NJF* 2009/313 en Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2012, *JA* 2013, 113. Vergelijk ook Adviesrapport Hebly/Lindenbergh, p. 16 en Quist 2014, p. 360. Vergelijk ten slotte Ktr. Almelo 13 oktober 2009, *NJF* 2009/480 en Hof 's-Hertogenbosch 27 mei 2014, *NJF* 2014/304, waar de aangesproken partij met succes betoogt dat zij nooit eerder is aangesproken door een werknemer en geen rekening heeft kunnen houden met de aansprakelijkheidstelling.

56 Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *JA* 2007, 114, Hof Amsterdam 18 november 2008, *NJF* 2008/521 en Quist 2014, p. 359-360.

57 Zij kan ontstaan bij iedere 'evaluatieve term' of 'materiële norm'. Zie over deze begrippen F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 28-29 en R.J.B. Schutgens, *Vorm of inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie RU), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen, p. 6-8.

58 Zie ook Minister Opstelten in *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 1864.

59 *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 1864, p. 2.

nion dat langere verjaringstermijnen die worden berekend vanaf de laatste blootstelling niet noodzakelijk in strijd zijn met *Moor/Zwitserland*. Het Nederlandse recht kent bovendien wel een billijkheidsuitzondering. Het arrest *Van Hese/Schelde* is mede gewezen om tegemoet te komen aan *Stubbings/Verenigd Koninkrijk*.⁶⁰

De politiek en literatuur concluderen op grond van deze verschillen dat uit *Moor/Zwitserland* niet blijkt dat ook de Nederlandse regels tot een schending van art. 6 EVRM leiden.⁶¹ De in de eerdere paragrafen besproken resultaten ondersteunen deze conclusie. Allereerst ondersteunen de 'harde omstandigheden' (§ 4.2) de conclusie dat de aantasting van het recht op toegang tot de rechter in het Nederlandse recht proportioneel is. De verjaring is geen buitenproportionele aantasting van het recht als het slachtoffer niet binnen twee jaar na de diagnose een dagvaarding instelt (gezichtspunt G, vergelijk § 4.5). Hij heeft in dat geval immers wel een mogelijkheid gehad om zijn recht uit te oefenen. Het doel van de bescherming van gedaagden tegen aanspraken waartegen zij zich niet kunnen verweren, pleit voor de proportionaliteit van de verjaring als de schuldenaar zich niet of nauwelijks kan verweren (gezichtspunt E). De invloed van geen of beperkte verwijtbaarheid (gezichtspunt C) is minder duidelijk te rechtvaardigen met een beroep op de jurisprudentie van het Hof. Hierbij speelt echter wel mee dat de lidstaten enige beslissingsvrijheid hebben.⁶²

Van de 28 uitspraken waarin geen sprake was van een van deze 'harde barrières', concludeerde de rechter in slechts vijf zaken dat de verjaring niet onaanvaardbaar was. Zware verwijtbaarheid leidt steeds tot de beperking van de verjaring. Het recht van het slachtoffer is onder de huidige regels, zolang er geen sprake is van een harde barrière, dan ook niet denkbeeldig. De onderzochte uitspraken laten bovendien zien dat de gezichtspunten niet op een inconsequente manier worden afgewogen (§ 4.3). Onduidelijkheid over de billijkheidsuitzondering leidt dus niet noodzakelijk tot het verlies van de door de verjaringsregel gecreëerde rechtszekerheid.

De precieze invloed van *Moor/Zwitserland* zal in de toekomst blijken. Een analyse van de bestaande uitspraken laat echter zien dat het arrest niet noodzakelijk tot de conclusie leidt dat de Nederlandse regels in strijd zijn met art. 6 EVRM.

7. Conclusie

De literatuur over de gezichtspuntencatalogus van *Van Hese/Schelde* komt tot een uniforme conclusie: de afweging van

de gezichtspunten is inconsistent en onduidelijk. Deze bijdrage laat zien dat deze visie onjuist is. Een analyse van de gevolgen die de rechter aan de verschillende omstandigheden verbindt, maakt duidelijk dat het wel degelijk mogelijk is om een vast gewicht te verbinden aan de verschillende relevante omstandigheden (§ 4).

Dit betekent niet dat de uitkomst van een conflict over de verjaring van een vordering tot schadevergoeding als gevolg van blootstelling aan asbest gemakkelijk is te voorspellen. Dit artikel laat slechts zien dat de beslissing over de aanvaardbaarheid van de verjaring op grond van de bij de gezichtspunten behorende omstandigheden consistent is. De afweging van de gezichtspunten is echter afhankelijk van een waardering van de achterliggende feiten. Een wisselende waardering van deze feiten leidt tot onzekerheid. Dit onderzoek laat echter wel zien dat de onduidelijkheid het gevolg is van een andere oorzaak dan tot nu toe is aangenomen (§ 5). De resultaten van het onderzoek bieden ten slotte steun aan de conclusie dat de huidige regels niet in strijd zijn met art. 6 EVRM (§ 6).

De voor dit artikel uitgevoerde analyse is beperkt tot de verjaring van een vordering tot schadevergoeding als gevolg van blootstelling aan asbest. De gevolgde methode kan echter ook worden toegepast bij andere leerstukken. Een analyse van wat de rechter *doet*, kan duidelijkheid scheppen als de motiveringen van uitspraken onduidelijk en inconsistent zijn.

60 HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (*Van Hese/Koninklijke Schelde Groep*), overweging 3.3.2. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 1864, p. 3 en Hebly 2014, p. 42.

61 *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 1864, M.R. Hebly, 'Werpt Straatsburg een nieuw licht op de verjaring van asbestclaims?', *L&S* 2014/2, p. 42 en J.M. Emaus in de noot bij *EHRC* 2014, 164.

62 *EHRM* 22 oktober 1996, nr. 22083/93 en 22095/93, NJ 1997/449 (*Stubbings/Verenigd Koninkrijk*), overweging 50 en *EHRM* 11 maart 2014, nr. 52067/10 en 41072/11, *EHRC* 2014, 164 (*Moor/Zwitserland*), overweging 71.